Tercio Sampaio Ferraz Junior

Introdução ao Estudo do Direito

Técnica, Decisão, Dominação

4 Edição
Revista e ampliada

SAO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2003

veis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade seus conceitos hipotéticos, enquanto a "dogmática" (num sentido restrito), presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é dificil mostrar com certa finalidade que as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de dogmas que devem ser de algum modo legitimados. Ora, no mundo ocidental, onde esta legitimação vem perdendo a simplicidade, que se revelava na sua referência a valores outrora fixados pela fé, ou pela razão, ou pela *natureza,* o recurso a questões zetéticas toma-se inevitável. Viehweg assinala, por exemplo, o que ocorre no Direito Penal, notando quão pouco é ainda indicado como sabível, neste campo, pela pesquisa criminológica, e qual o esforço desenvolvido pela dogmática penal em fornecer pressupostos convincentes, simplesmente para manter-se em funcionamento. Essa dificuldade não consegue ser eliminada nem por uma exclusão radical das questões zetéticas (como querem normativistas do tipo Kelsen), nem pela redução das dogmáticas às zetéticas, como desejam os adeptos de sociologismos e psicologismos jurídicos, nem, menos ainda, por uma espécie de dogmatização das questões zetéticas, como ocorre em países onde domina o marxismo-leninista. Nesses termos, as distinções estabelecidas, por necessidade da análise, entre questões zetéticas e dogmáticas mostram, na práxis da ciência jurídica, uma transição entre *o ser e o dever-ser.*

3.3 MODELOS DA CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO

Envolvendo sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a ciência do direito tem por objeto central o próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões etc. Para captá-lo, a ciência jurídica se articula em diferentes modelos, determináveis conforme o modo como se encare a questão da decidibilidade. Cada um desses modelos representa, assim, uma efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico.

O primeiro modelo, que poderíamos chamar analítico, encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisões, isto é, dado um conflito hipotético e uma decisão hipotética, a questão é determinar suas condições de adequação: as possibilidades de decisões para um possível conflito. Pressupomos aqui o ser humano como um ser *dotado de necessidades* (comer, viver, vestir-se, morar etc.), que são reveladoras de interesses (bens de consumo, de produção, políticos etc.). Esses interesses, nas interações sociais, ora estão em relação de compatibilidade, ora são incompatíveis, exigindo-se fórmulas capazes de harmonizá-las ou de resolver, autoritativamente,

seus conflitos. Nesse caso, a ciência do direito aparece como uma sistematização de *regras* para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista.

O segundo modelo vê a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa. Trata-se de uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista seu *sentido.* Pressupõe-se, nesse caso, que o ser humano é um ser cujo agir tem um significado, ou seja, seus menores gestos, mesmos seus mecanismos involuntários, seus sucessos e seus fracassos têm um sentido que lhe dá unidade. A ciência do direito, neste caso, se assume como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano. Por seu caráter, esse modelo pode ser chamado *hermenêutico.*

O terceiro modelo encara a decidibilidade como busca das *condições* de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. Estabelece-se uma relação entre a hipótese de decisão e a hipótese de conflito, procurando-se determinar as condições dessa relação para além da mera adequação formal entre conflito e decisão. O ser humano aparece aqui como um *ser dotado de funções,* isto é, um ser que se adapta por contínua evolução e transformação, às exigências de seu ambiente. Segue a concepção da ciência do direito como investigação das *normas* de convivência, estando a norma encarada como procedimento decisório, constituindo-se, então, o pensa-mento jurídico como sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas. Por seu caráter, esse modelo pode ser considerado *empírico.*

Com base nesses modelos, temos possibilidade de mostrar os diferentes modos como a ciência do direito se exerce como pensamento tecnológico. Nos capítulos que seguem, falaremos dela como *teoria da norma,* como *teoria da interpretação* e como *teoria da decisão jurídica.* Esses três aspectos não são estanques, mas estão inter-relacionados. O modo como se dá esse inter-relacionamento é o *problema da unidade sistemática do saber dogmático.*

4.4 DOGMÁTICA ANALÍTICA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A dogmática analítica, com toda a sua aparelhagem conceitual, é um instrumento capaz de proporcionar uma congruência dinâmica entre os mecanismos de controle social, como normas, valores, instituições. Daí a importância da noção de sistema. Este não *é constituído* pela própria dogmática, mas por ela *regulado.* Sua função é, pois, regulativa, não constitutiva. O que *constitui* o sistema é o comportamento social que exige e estabelece normas, institucionaliza procedimentos, marca ideologicamente seus valores, desenvolve regras estruturais etc. Cumpre à dogmática conferir-lhe um mínimo de coerência e razoabilidade para que se possa dominá-lo e exercitá-lo tecnicamente.

Nas sociedades desenvolvidas e complexas, o sistema jurídico constitui-se como um sistema diferenciado, isto é, com caracteres próprios e auto-regulado, mas que mantém com outros sistemas sociais (político, religioso, econômico etc.) relações de intercâmbio de informações. O sistema jurídico é, assim, um sistema autônomo, isto é, um conjunto de elementos e relações capaz de impedir que um evento em qualquer dos outros sistemas seja necessariamente um evento dentro dele, ao regular o que deve e o que não deve ser juridicizado e, sendo juridicizado (ou seja, tornando-se um evento dentro do sistema), o que deve ser lícito e ilícito. Esse intercâmbio confere, porém, ao sistema uma grande variabilidade de eventos e situações que, para ser dominada racionalmente, *exige unidade.* E aí que entra a dogmática analítica com seus conceitos sistematizadores e sua função regulativa.

Ao conceber o sistema juridico, enquanto um sistema *social* nos termos que acabamos de descrever, na forma *teórica* de um sistema estático de relações jurídicas e dinâmico de produção de normas, a dogmática confere às questões de decidibilidade jurídica dos conflitos sociais um vetor explícito: *do* sistema *para* seu mundo circundante (isto é, os demais sistemas sociais). Importante torna-se saber o que o sistema juridico tem a dizer sobre as informações recebidas dos outros, sem se preocupar com o desencadeamento de efeitos sobre eles. Como se o direito atuasse sobre a realidade, mas sem cogitar das conseqüências de sua atuação. Oferecem-se regras para a estandardização de casos, mas não receitas para a atualização de influências. Assim, definir e classificar os direitos subjetivos é função da teoria jurídica, mas criá-los e extingui-los é visto como uma questão política.

Desse modo, a dogmática analítica enfatiza uma visão unilateral e diferenciada do direito e, para isso, insiste em concebê-lo como unidade. Na tradição, o critério máximo dessa unidade é a justiça, que encarna a perfeição do sistema. Daí a idéia de que o saber dogmático esteja a serviço da justiça. A definição dominante de justiça é dada, em termos analíticos, pelo esquema da igualdade/desigualdade, como, por exemplo, na conhecida

fórmula "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais". O esquema adapta-se ao espírito das classificações dicotômicas e hierárquicas que examinamos, permitindo responder questões postas na forma binária: houve apropriação ou não? é devida ou indevida? é viciosa ou perfeita?

Tais questões são, então, tratadas de modo *universalista* (cf. Niklas Luhmann, 1974:29), ou seja, conforme critérios internos do sistema, sem prender-se primariamente às situações concretas, e em termos de generalizações abstratas. Essa orientação universalista da dogmática analítica foi e é ainda de grande importância para o desenvolvimento de sociedades complexas - como, por exemplo, as sociedades industriais -, a fim de que estas fossem e sejam capazes de absorver e suportar enormes incertezas e diferenças sociais, pois o tratamento universalista neutraliza a pressão social imediata exercida pelo problema da distribuição social do poder e dos recursos, transportando-o para dentro do sistema jurídico onde ele é, então, mediatizado e tornado abstrato.

O preço dessa orientação, pago pela dogmática analítica, é um relativo distanciamento da realidade, o que há mais de um século constitui motivo de crítica. Apesar disso, é uma forma de pensar dogmaticamente que persevera, não só por força de uma arraigada tradição, mas também porque cumpre ainda funções sociais de neutralização política e econômica, para as quais ainda não se encontrou um substituto. Por exemplo, uma pendência salarial entre o empregado e o empregador, que envolve não só aspectos econômicos, sociais, morais e políticos extensos, da sociedade em sua totalidade, mas também próprios à condição individual de cada um, com reflexos para sua família, a educação dos filhos, a saúde, com muitas peculiaridades bastante concretas, é trazida, pela dogmática analítica, a um grau de abstração que neutraliza o conflito, posto que este passa a ser tratado em termos de normas e instituições, de definição de salário, de obrigação trabalhista, de direitos subjetivos etc. E exatamente isso que permite a neutralização do conflito em termos de ele não ser tratado em toda a sua extensão concreta, mas na medi-da necessária a sua decidibilidade com um mínimo de perturbação social. Cumpre-se, assim, uma função ideológica, num contexto de dominação política e econômica. E óbvio, porém, que essas funções não são exercidas apenas pelo modelo analítico. Tantas vezes mencionamos, aqui e ali, os problemas interpretativos que o pensar dogmático revela. Isso nos leva, pois, a examinar um segundo modelo, o modelo hermenêutico do pensar dogmático, cujo centro é a teoria da interpretação.

treitar, em nome dos valores da certeza e da segurança, o campo de atuação do intérprete. Ora, o conceito dogmático de lacuna, dos meios de integração e de seus limites confere ao intérprete a possibilidade de se valer de fatores extrapositivos como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis. Ou seja, o conceito de lacuna alarga o campo da positividade com base nele próprio. Ele funciona como uma regra permissiva, doutrinária, que autoriza o intérprete a se valer dos meios de integração nos limites que a própria doutrina parece reconhecer, mas na verdade estabelece: em caso de lacuna *pode* o intérprete... Assim, embora a lacuna seja definida como omissão ou falta de norma no ordenamento, ela é na realidade, uma válvula pela qual *entram* no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de justiça, as exigências da eqüidade, os raciocínios quase-formais. Ou seja, embora o conceito designe *falta,* ele oculta a superabundância de normas, assegurando-se, destarte, um dos princípios caracterizadores do legislador racional: a omnicompreensividade (ver item 5.1.5.2).

5.4 FUNÇÃO SOCIAL DA HERMENÊUTICA

A idéia de que a língua dos deuses é inacessível aos homens é antiga. Moisés era capaz de falar com Deus, mas precisava de Aarão para se comunicar com o povo. Hermes, na mitologia grega, era um intermediário entre os deuses e os homens, de onde vem a palavra *hermenêutica. A* dogmática hermenêutica, já dissemos, faz a lei falar.

A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das conseqüências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, "domesticado". Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por eqüidade, por analogia etc.) dando a impressão de que o intérprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado. Essa astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de beneficios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, *defini-dos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis* e *decidíveis.* Quem desvia o dinheiro depositado pelo cliente no banco vê, de repente, que muitas das justificações subjetivas para seu ato não contam. Seu desejo de comprar o que a propaganda incessante do comércio lhe oferece acima de suas posses não tem, para o conflito neutralizado pela hermenêutica, o senti-do objetivo que o direito reclama (embora, em pequena escala, lhe parecesse

objetivo: em seu círculo de relações, seria compreensível, ainda que não justificável). Desse modo, a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa - o mundo do legislador racional - no qual, em tese, tomam-se todos decidíveis. Ela não elimina, assim, as contradições, mas as toma suportáveis. Portanto, não as oculta propriamente, mas as disfarça, trazendo-as para o plano de suas conceptualizações. Repete-se, pois, na hermenêutica o que ocorre com a dogmática analítica (item 4.4). Enquanto esta, porém, exerce sua função ao isolar o direito num sistema, o saber interpretativo conforma *o sentido* do comportamento social à luz da incidência normativa. Ela cria assim condições para a decisão. Contudo, não diz como deve ocorrer a decisão. Para isso, existe um terceiro modelo dogmático que toma a própria decisão como seu objeto privilegiado.

a credibilidade da sentença, jogando com o respeito que se confere ao rigor lógico (na verdade, *quase-lógico)* nos procedimentos de argumentação.

6.3.4.13 ARGUMENTO EXEMPLAR OU EXEMPLA

Os exemplos também na retórica clássica eram estudados separadamente, à parte dos argumentos, como a forma retórica correspondente à indução lógica. Na retórica moderna, são, igualmente, tratados como argumentos quase-lógicos, pelos mesmos motivos referentes ao entimema. A utilização de decisões jurisprudenciais para fortalecer uma conclusão a propósito de um caso dado enquadra-se também nesse tipo de *argumento. O* mesmo se diga para a constituição dos chamados *standards jurídicos. O* cará-ter quase-lógico dos exemplos revela-se pela utilização do chamado princípio de semelhança. Nesse sentido, os exemplos têm maior força argumentativa quanto maior for a semelhança entre eles e deles com o caso ao qual se aplicam. Sua força, porém, não está apenas na semelhança qualitativa e na quantitativa, mas também na autoridade dos exemplos citados, o que os aproxima do argumento *ab auctoritatem.* Nesses termos, os exemplos, quanto ao conteúdo, têm duas dimensões semânticas: a dimensão que lhe é própria, em sua referência à realidade, e a dimensão da intenção do argumentador, que pode ir para além do significado próprio do exemplo, tendo em vista os fins que colima. E possível que não se fundem apenas na semelhança, mas também na diferença, quando os exemplos citados devem, por dissemelhança quanto ao caso, pôr em relevo uma conclusão oposta.

6.4 FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA DA DECISÃO: DIREITO, PODER E VIOLÊNCIA

Tanto a teoria dogmática da aplicação do direito quanto a teoria da argumentação jurídica mostram um quadro em que a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que cada agente age de certo modo, porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele certo comportamento. Não se trata de regularidades lógico-formais, mas, por assim dizer, ideológicas. O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso *informativo* sobre como a decisão deve ocorrer, mas também um discurso *persuasivo* sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso, a *verdade* decisória acaba reduzindo-se, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte. Entende-se, nesse sentido, a

abundância, na argumentação dogmática, das figuras retóricas, como *perífrases* do tipo "a organização declarada ilegal" (desvio da linguagem para evitar uma menção de tabu, por exemplo, "o partido nazista"); ou *suspensões,* como, por exemplo: "a questão em tela é sumamente complexa" ou "as soluções que se apresentam são bastante discutíveis"; ou *preterições,* caso em que se diz algo, dando a entender que não se quer dizê-lo, por exemplo: "não de-sejamos, evidentemente, esgotar o assunto, mas..." Além disso, o uso das noções é manifestamente dominado por estratégias de ataque e defesa. As vezes, a noção é vaga e ambígua (por exemplo, *grave* violação da lei) e deixada obscura na argumentação com o propósito de favorecer a adesão de todos a uma tese. Outras vezes, ela é classificada de tal modo que se cria a impressão de que é *aquele* o sentido que todos procuravam. Ou, ainda, se toma uma noção relativamente clara e obscurece-a, por exemplo, retirando-a do contexto, levantando dúvidas onde dúvidas não havia ("que significa afinal o princípio da legalidade se não a consagração do arbítrio do legislador!").

A utilização de tais recursos faz-nos ver que a dogmática da decisão preocupa-se não propriamente com a verdade, mas com a verossimilhança. Não exclui a verdade de suas preocupações, mas ressalta como fundamental a versão da verdade. Ou seja, uma decisão não pode negar a verdade factual, o que é reconhecido e aceito como um evento real (por exemplo, é fato que o uso de drogas produz dependência psíquica), mas da verdade factual nem sempre segue a verossimilhança (por exemplo, se o álcool produz dependência, seguiria sua equiparação ao uso de drogas para efeitos jurídicos).

Na decisão, pode-se dizer, a verdade factual está sempre submetida a valoração. Valores são símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes. Ninguém é contra a justiça, a utilidade, a bondade. Todavia, na argumentação, os valores às vezes são usados como prisma, critério posto como invariante que permite demarcar e selecionar o objeto: o álcool é perigoso para *a saúde. Saúde* está posta como critério valorativo (valor saudável) que demarca (avalia) o objeto *álcool* como perigoso. As vezes, porém, o valor é usado como justificação para uma situação de fato, isto é, ele é posto como uma variável que se determina por sua relação com o fato: *da propriedade* privada diz-se, por exemplo, que é fundamento da *justa* liberdade.

O uso dos valores admite as duas funções. Podemos, a saber, encarar a igualdade como valor-prisma, que provoque avaliações demarcadoras do sentido da distribuição de renda, do acesso eqüitativo à educação, mas podemos usá-la como valor - justificador -, que confirme as desigualdades sociais (igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais). Para controlar esse duplo uso é que entra a ideologia, como uma avaliação dos próprios valores. A ideologia toma rígida a valoração. Assim, igualdade pode ser um critério de justiça, a justiça pode ter sentido liberal, comunista, fascista etc. A ideologia, assim, organiza os valores, hierarquizando-os, constituin-

do uma pauta de segundo grau que lhes confere um uso estabilizado. A ideologia é, então, uma espécie de valoração última e total, que sistematiza os valores. Por ser última e total, uma ideologia é sempre impermeável a outra ideologia. Ideologias não dialogam, mas polemizam. A possibilidade de um diálogo entre ideologias pressupõe, portanto, a aceitação de uma superideologia, dentro da qual as ideologias tornam-se valores. Por exemplo, a convivência de comunistas e capitalistas num organismo como a ONU pressupõe a superideologia da universalidade dos direitos fundamentais, dentro da qual as valorações ideológicas sobre a justiça, a ordem, a saúde tornam-se possíveis.

O discurso decisório, nesses termos, é avaliativo e ideológico. A rigidez que a ideologia introduz nas avaliações não quer dizer que ela seja imutável. Por exemplo, a percepção, pela jurisprudência, de que a proteção ao concubinato também era uma exigência de justiça (a concubina, afinal, parti-lha com o concubino de seus sucessos e fracassos) só teve sentido no mo-mento em que o universo de expectativas ideológicas referentes ao sentido monogâmico da família sofria conturbações. Antes disso, a ideologia vigente não permitia ver a situação da concubina como um problema de justiça, em que pesem os complicados conflitos que daí resultavam. Não obstante isso, a ' ideologia baliza a decisão, indicando quais os princípios fundamentais do processo (por exemplo, a divisão dos poderes, a proibição de que um interfira nas decisões do outro). Estabelece também guias ou orientações gerais (como o princípio da ausência de responsabilidade sem culpa, da boa-fé). Mostra quais fatores sociais que devem ser considerados como bases dogmáticas da decisão (por exemplo, a proibição da decisão contra a *lei).* Determina finalidades, metas do sistema, que permitem o controle da *meus legis* (bem comum, interesse público). Responde pela constituição de premissas e postulados da argumentação (princípio da irretroatividade das leis, a exigência de que a mesma *ratio legis* deve permitir tratamento jurídico igual a casos semelhantes).

Por todas essas razões, pode-se dizer, por fim, que a dogmática da decisão constrói um sistema conceitual que capta a decisão como um exercício controlado do poder, como se as relações sociais de poder estivessem domesticadas. Sublima-se a força e, com isso, diminui-se a carga emocional da presença da violência do direito. Toma-se possível falar da violência não como vis fisica, concreta e atual, mas no sentido simbólico de ameaça. Não se fala da violência como instrumento do direito, que é um fato e não pode ser negado. Trata-se, porém, a violência como manifestação do direito, como é o caso da violência da vingança em sociedades primitivas, nas quais ela não significa a punição concreta do culpado, mas a representação, socialmente esperada, de que o direito continua valendo, apesar de ter sido violado.

A violência está relacionada à natureza física do homem (Luhmann, 1972:106). Se o homem é, por natureza, violento, torna-se importante que

ela, socialmente, esteja "bem" posicionada: nenhum direito permanece direi-to se ela estiver do outro lado... Nesse sentido, a violência evidencia a seletividade da ordem. A violência, porém, como fato, cria problemas para o direi-to. Violência gera violência e onde a violência está presente, mais violência pode aparecer. Com isso, a força (vis) pode ganhar independência estrutural como base do poder, impondo-se sobre outros fatores (como o prestígio, o conhecimento, a lealdade etc.). Daí a possibilidade de a força (vis) libertar-se do direito. A violência é, assim, ambígua: constrói e destrói a ordem. Tomada isoladamente, ela parece neutra, pois tanto produz um como outro efeito. Além disso, como violência gera violência, sua escalada não tem limites. E aqui que entra a dogmática da decisão. Ela permite a elaboração da noção de "abuso de violência" e de violência razoável. A teoria da decisão jurídica aponta, assim, para uma procedimentalização do poder decisório, donde a idéia do monopólio da força pelo Estado, mas também da separação entre a *quaestio juris e* a *quaestio facti,* isto é, a separação entre as respectivas fontes de informação, o que confere à busca da decisão um equilíbrio compensado: o direito não se determina nem só por normas nem só por fatos, e ninguém tem o monopólio de ambos.

Destarte, a dogmática da decisão, se não elimina o papel da força, enfraquece o papel da violência concreta. Pode-se falar em uso legítimo da força, legítima defesa, distinguindo-se entre abuso de violência e violência razoável. A dogmática decisória constitui-se, em suma, num veículo para as ideologias da não-violência.